

« LOI TRAVAIL »

PROPOSITIONS POUR SORTIR DE L'IMPASSE

Par Jacques Barthélémy, Gilbert Cette, Thierry Pech, Luc Pierron et Martin Richer

Le 8 mars 2016

L'avant-projet de loi porté par la ministre du Travail Myriam El Khomri est au cœur de vives polémiques. Sa cohérence réside à la fois dans le renforcement de la négociation collective (singulièrement de la négociation d'entreprise) et dans l'introduction de nouvelles mesures de flexibilité pour les entreprises. Ce sont là des avancées appréciables et qui méritent d'être défendues. Elles sont de nature à ouvrir le chemin vers un droit social à la fois plus négocié et plus inclusif.

Mais ce texte souffre d'avoir été porté par une méthode éloignée de son inspiration social-démocrate ainsi que de fragilités sur au moins quatre autres sujets : la barémisation des indemnités décidées par les juridictions prud'homales en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, la précision des motifs pouvant constituer des causes réelles et sérieuses de licenciement économique, le renforcement du pouvoir unilatéral de l'employeur dans certains domaines, et enfin un déséquilibre entre les mesures de flexibilité et les mesures de sécurité.

Terra Nova propose, d'une part, d'amender les trois premiers points :

- *La barémisation : il s'agit de mettre en place, non seulement des plafonds, mais aussi un plancher qui assurera un minimum au salarié en cas de licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse. Par ailleurs, les plafonds actuels mériteraient d'être relevés de manière à dissuader les employeurs de comportements négligents.*
- *Les motifs de licenciement économique : il nous semblerait pertinent de reporter l'exécution de cette mesure et/ou de durcir les critères actuellement les plus ouverts (notamment les six mois de pertes d'exploitation). La conjoncture économique dans laquelle nous nous trouvons la rend en effet inopportune, à nos yeux.*
- *Le pouvoir unilatéral de l'employeur : pour éviter cette situation en matière de convention de forfait-jours dans les entreprises de moins de 50 salariés, il serait utile de passer par les procédures du mandatement syndical ou de l'application directe d'accords négociés au niveau de la branche.*

D'autre part, pour améliorer l'équilibre entre flexibilité et sécurité, l'objectif serait d'étoffer le CPA et de cibler l'effort sur les publics les plus en difficulté sur le marché du travail (chômeurs, jeunes entrants...). Il serait par exemple utile de doter d'emblée le CPA de ceux qui sont peu qualifiés

Synthèse

(titulaires de qualification de niveau V et V bis (BEP, CAP, ...) d'une dotation d'heures de formation (40h ou 50h) « consommables » à tout moment. Le CPA aurait ainsi non seulement un caractère contributif mais aussi un caractère de correction des inégalités de perspectives professionnelles, de sécurisation des parcours, et une dimension d'investissement, qui marque le choix de la collectivité d'investir dans le capital humain. De même, il nous semblerait opportun d'abonder d'un contingent d'heures de formation supplémentaires le CPA des jeunes titulaires de contrats de moins de 3 mois lorsque leur contrat se termine et lorsqu'il n'est pas transformé en CDI.

INTRODUCTION

L'avant-projet de loi porté par la ministre du Travail Myriam El Khomri est au cœur de vives polémiques. Dans ce contexte, les oppositions et dénonciations sont malheureusement plus nombreuses que les propositions, et les invectives - de part et d'autre - plus fréquentes que les arguments. Alors que le pays traverse des difficultés sur lesquelles tous s'accordent, il importe de faire prévaloir l'esprit de responsabilité. C'est la raison pour laquelle nous souhaitons livrer ici une analyse des avancées et des limites de ce texte, ainsi que des propositions pour sortir de l'impasse actuelle. Notre but n'est pas d'hypothéquer les chances de cette réforme en alimentant de nos critiques le chœur des opposants résolus, mais au contraire de la rendre possible en renforçant sa cohérence et son équilibre général.

LE PARI DE LA NEGOCIATION COLLECTIVE

Avant d'examiner les insuffisances de l'avant-projet de loi, essayons d'en restituer la logique d'ensemble. **La cohérence du texte porté par la ministre du Travail réside d'abord dans le renforcement de la négociation collective et singulièrement de la négociation d'entreprise.** Les dispositions de ce texte permettraient en effet aux accords d'entreprise de déroger systématiquement, sauf pour ce qui ressort des principes, au code du travail. Les nouvelles marges de manœuvre concerneraient principalement la durée du travail, domaine où cette technique est déjà largement mise en œuvre depuis les lois Auroux de 1982. **En contrepartie, les seuils permettant de valider un accord seraient relevés** (un accord serait valide s'il est signé par des organisations représentant 50% des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles, au lieu de 30% aujourd'hui). Cette orientation est globalement celle qui était préconisée dans le rapport de Jean-Denis Combexelle publié par France Stratégie, et dans celui de Jacques Barthelemy et Gilbert Cette publié par Terra Nova en septembre 2015¹, même si ces deux derniers auteurs recommandaient une méthode plus simple et une ouverture beaucoup plus large du droit dérogatoire dans le strict respect de l'ordre public en droit du travail, méthode qui eût été infiniment préférable à beaucoup d'égards. Elle aurait en effet permis d'éviter l'agitation de chiffons rouges provoquant des réactions passionnées.

Est-ce une régression sociale de donner davantage voix au chapitre aux salariés et aux partenaires sociaux sur le terrain, pourvu que se dégagent de fortes majorités en faveur d'un accord ? Certains le pensent. Ils mettent en avant la vieille idée selon laquelle « entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». Autrement dit, la négociation d'entreprise est peut-être souhaitable là où les salariés sont fortement représentés, mais elle peut devenir l'alibi du plus fort ou le levier de divers chantages là où ils ne le sont pas ou peu, en particulier dans les petites entreprises qui forment un quasi « désert syndical ». Devant de telles incertitudes, et même si des techniques permettent de suppléer à l'absence de syndicats dans de nombreuses petites entreprises², ils

¹ Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, « Réformer le droit du travail », Rapport Terra Nova, Odile Jacob, septembre 2015 - <http://tnova.fr/rapports/reformer-le-droit-du-travail>

² Evoquons seulement à ce stade le mandatement, créé par les partenaires sociaux dans l'Accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995, ou les accords d'application directe négociés au niveau de la branche, qui ont été fortement promus au moment des lois Aubry.

préfèrent les garanties de la loi aux aventures de la négociation. A ce titre, ils refusent toute modification de la hiérarchie des normes et fustigent la méthode dérogatoire.

Ce débat est légitime. Il oppose de longue date une culture inspirée du jacobinisme et une culture plus sociale-démocrate. Dans notre pays, la première a longtemps prévalu, alors que chez nombre de nos voisins, notamment d'Europe du Nord, c'est la seconde qui l'emportait. **Il nous paraît cependant difficile de faire à longueur d'année qui l'apologie du modèle allemand, qui celle du modèle suédois ou danois, et de ne pas reconnaître que la qualité de relations sociales caractérisées par une forte place de la négociation collective fait partie des performances de ces pays** et de la compétitivité de leur tissu productif.

Bon nombre de dirigeants et de représentants du personnel en France ont compris que la qualité du dialogue social est un moteur de compétitivité ; que la capacité à élaborer des compromis mutuellement avantageux est un levier, et non un frein, pour déployer des changements efficaces et pérennes, porteurs de progrès économiques et sociaux. Il faut mettre à leur disposition un environnement juridique qui favorise la négociation collective³.

De même, il nous paraît difficile de faire silence sur l'héritage de la gauche en matière de démocratie sociale dans l'entreprise, que ce soit avec la création de la section syndicale d'entreprise lors des accords de Grenelle en 1968, ou avec les lois Auroux dans les années 1980⁴. En réalité, **la gauche a deux histoires idéologiques parallèles et parfois contradictoires en matière de relations sociales : l'une ne conçoit le progrès social que par les protections de la loi, l'autre le fait passer par une plus forte autonomie des partenaires sociaux sur le terrain et dans l'entreprise...**

Les représentants de la tradition jacobine qui se méfient de la négociation sociale d'entreprise n'accordent pas davantage de confiance aux salariés pour défendre leurs propres intérêts. C'est pourquoi ils s'opposent vigoureusement à leur consultation telle qu'elle est prévue dans l'avant-projet de loi. En effet, aux termes de ce texte, si un accord a été signé par l'employeur et des organisations représentant 30% des suffrages exprimés aux élections professionnelles mais qu'il n'a pas permis de recueillir l'assentiment d'organisation représentant 50% des suffrages, les premières pourront demander à ce qu'on redonne la parole aux salariés pour qu'ils aient le dernier mot. Dans ce cas, l'accord deviendrait valable s'il recueille 50% des suffrages exprimés ; il serait même préférable de prévoir 50% des effectifs, seul moyen de donner du sens à l'accord de la collectivité du travail. **Il ne s'agit donc pas d'opposer une forme de démocratie directe et plébiscitaire aux organisations syndicales à l'initiative de l'employeur.** Ce « referendum » d'entreprise doit être compris comme une procédure d'arbitrage pour sortir d'une situation de blocage sur un projet ayant fait l'objet de débats et de délibérations par les voies ordinaires de la négociation collective. Par ailleurs, cette pratique du référendum peut contribuer à aider les organisations syndicales à systématiser leur travail d'écoute et de communication auprès de l'ensemble des salariés, à prendre le temps de

³ « Le dialogue social au seuil d'un renouveau », Note Terra Nova, 25 septembre 2014 <http://tnova.fr/etudes/le-dialogue-social-au-seuil-d-un-renouveau>

⁴ On pense en particulier à la loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, à la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, et à la loi du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits du travail.

formaliser leurs arguments pour convaincre de la pertinence de leur position, à accroître leur légitimité par un dialogue plus constant. Pour autant, et afin que ce recours au referendum ne soit pas mobilisée pour contourner l'opposition de syndicats représentant 50 % des suffrages, le droit d'opposition à l'encontre de l'organisation dudit referendum devrait pouvoir s'exercer.

Les partisans de la loi objectent également que la faiblesse du syndicalisme dans notre pays ne nous permet pas de prétendre aux mêmes standards de démocratie sociale que nos voisins d'Europe du Nord. Il est vrai que le syndicalisme français est à la fois plus faible et plus divisé que ses homologues allemands ou scandinaves. Pourtant, la domination de la loi dans notre pays, conjuguée à une culture managériale souvent peu disposée à la discussion, ne lui a guère laissé d'espace et d'autonomie pour faire valoir son utilité sociale. Partout où a prévalu un autre système (et en particulier là où a prévalu le « système de Gand »⁵), les salariés sont plus et mieux représentés que dans notre pays. Ne confondons donc pas les causes avec les conséquences. **La représentation des salariés dans les entreprises et, partant, la défense de leurs intérêts au quotidien sur le terrain ne pourra s'améliorer que si l'on ouvre plus grand la porte à la négociation collective dans l'entreprise.** Inversement, elle sera promise à un continuels rétrécissement si on laisse cette porte fermée.

L'avant-projet de loi El Khomri, en renvoyant nombre de dispositions à une telle négociation, se situe clairement sur un chemin social-démocrate et dans le sillage d'une philosophie politique qui considère les travailleurs comme des adultes capables de s'organiser collectivement et de faire valoir leurs intérêts, en dehors du seul exercice de la citoyenneté politique. Après tout, il est un peu étrange qu'on les juge capables d'exercer cette citoyenneté pour décider de leur représentation politique, mais incapable de participer de façon judicieuse et éclairée à la démocratie sociale et, le cas échéant, de sanctionner leurs représentants aux prochaines élections professionnelles s'ils ne se sentent pas suffisamment bien défendus. D'ailleurs, les partisans de la loi plutôt que du contrat collectif doivent également reconnaître que, s'il arrive que la loi protège, il arrive aussi qu'elle soit l'expression de majorités moins soucieuses de l'intérêt des salariés. Et dans ce cas, c'est elle qui opprime ! Et puis, le « tout-loi » induit son inintelligibilité et altère en cela la fonction protectrice du droit du travail.

Il n'y a donc aucune raison à nos yeux de considérer que la négociation d'entreprise serait un piège conservateur, et que les progressistes et les sociaux-démocrates ne pourraient trouver de salut que sous la protection de la loi. En revanche, **il est important de faire tout ce qui est en notre pouvoir pour favoriser l'organisation collective et la représentation des salariés dans les petites entreprises.** Les procédures de mandatement syndical ou d'accord d'application directe par exemple, devraient être examinées de plus près, nous y reviendrons. De même en ce qui concerne le chèque syndical⁶. Plus largement, si l'on veut relever le défi de la négociation sociale d'entreprise, il

⁵ Le système de Gand doit son nom à l'instauration en 1900 par le Conseil communal de Gand (Belgique) d'un fonds d'allocation chômage dont la gestion était assurée par les syndicats. Par extension, il désigne les systèmes dans lesquels l'appartenance à un syndicat conditionne l'accès à des politiques publiques, comme l'assurance-chômage, mais aussi l'assurance-maladie, voire l'accès à des services divers. Outre la Belgique, le système de Gand est également présent au Danemark, en Suède et en Finlande.

⁶ Somme attribuée à chaque salarié pour lui permettre d'adhérer à l'organisation syndicale de son choix ou de financer une organisation.

faut explorer toutes les voies qui permettraient d'étendre la présence syndicale dans les entreprises⁷. **Le renforcement sans précédent (que nous approuvons) de la négociation d'entreprise doit s'accompagner d'un renforcement à due proportion des acteurs qui la feront vivre.** Et notamment de l'acteur syndical, dont la présence en entreprise est encore récente (1968) et contestée (la peur des représailles est le deuxième motif de non-syndicalisation)⁸. Or, l'avant-projet de loi n'adresse cette asymétrie que très partiellement – en augmentant de 20% les heures des délégués syndicaux, en renforçant la formation des négociateurs et en permettant au comité d'entreprise de dédier une partie de son budget de fonctionnement au financement de la formation des délégués du personnel et des délégués syndicaux.

DONNER PLUS DE FLEXIBILITE AUX ENTREPRISES

La cohérence du texte porté par Myriam El Khomri se trouve également dans la recherche d'une plus grande flexibilité pour les entreprises, notamment et surtout en ce qui concerne l'organisation du temps de travail. En soi, **la flexibilité n'est pas un gros mot si elle permet de répondre à des difficultés économiques réelles ou de favoriser le développement de l'emploi et la pérennité de l'entreprise.**

Nous avons notamment appelé de nos vœux, par le passé, une plus grande flexibilité interne pour permettre aux entreprises de faire face à une conjoncture difficile ou à des phases de réorganisation. C'est la raison pour laquelle le recours simplifié au chômage partiel - comme l'ont fait de très nombreuses entreprises allemandes au plus fort de la crise - nous paraissait une solution préférable à beaucoup d'autres. C'est également la raison pour laquelle nous avons soutenu les Accords de maintien de l'emploi (AME connus aujourd'hui sous le nom « d'accords défensifs ») de l'ANI de janvier 2013, transcrits depuis dans la loi.

L'avant-projet El Khomri va plus loin en organisant des « accords offensifs » qui permettront de moduler le temps de travail et/ou la rémunération en vue de développer l'emploi, par exemple pour conquérir de nouveaux marchés. Faut-il s'en émouvoir ? Nous ne le croyons pas : **le droit social ne doit pas avoir pour vocation unique de défendre les salariés en place, mais aussi d'augmenter les chances de ceux qui sont sans emploi ou qui arrivent sur le marché du travail. Il doit être en ce sens plus inclusif.** Par ailleurs, si le développement économique des entreprises est parfois en tension avec l'intérêt des salariés qui les composent, il ne lui est pas nécessairement orthogonal.

L'avant-projet de loi permet également que l'accord collectif - qu'il soit défensif ou offensif - s'impose au contrat de travail et, ce faisant, l'intérêt collectif à l'intérêt individuel, conformément aux propositions défendues dans le rapport de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette. C'est précisément cette difficulté qui a empêché que soient conclus de nombreux AME ces deux dernières années. Les

⁷ Voir les pistes ouvertes par Thomas Breda, "La réforme du code du travail", 26 janvier 2016, <http://www.laviedesidees.fr/La-reforme-du-code-du-travail.html> . Nous ne partageons pas toutes les analyses de ce papier. Nous sommes en particulier réticent à sa logique de préalable (d'abord étendre la représentation syndicale dans l'entreprise, ensuite favoriser la négociation d'entreprise). En revanche, il pose un certain nombre de diagnostics solides sur les limites institutionnelles de la négociation d'entreprise qui méritent d'être pris en compte.

⁸ D'après les résultats de l'enquête REPOSE, voir Mathilde Pak et Maria-Teresa Pignoni, « Les représentants du personnel : Quelles ressources pour quelles actions ? », Dares Analyses n° 084, novembre 2014.

salariés qui, à titre individuel, ne voudraient pas se soumettre à la modulation du temps de travail ou des rémunérations contenue dans un tel accord pourraient alors être licenciés pour motif personnel et auraient droit aux indemnités de chômage. Là encore, **au nom de quelle conception du progressisme permettrait-on à quelques personnes de compromettre ce qu'une majorité de 50% a jugé conforme à l'intérêt collectif ?** Il nous semble que l'intérêt économique autant que la justice commandent de faire droit au collectif.

Là encore, si l'on veut accroître l'intérêt des accords collectifs, la motivation des acteurs (patronaux et syndicaux) à s'y investir et l'intérêt des salariés à s'y intéresser, il faut donner un meilleur impact d'effectivité à ces accords, en faisant prévaloir l'intérêt collectif sur les intérêts individuels. Encore faut-il bien sûr que ces accords soient majoritaires (majorité de 50% ou à défaut, majorité de 30% plus référendum à 50% si des syndicats représentant une majorité de 50 % ne s'opposent pas à un tel referendum) mais aussi qu'ils soient loyalement négociés. Sur ce dernier point, nous préconisons que tout accord qui primerait sur les contrats de travail soit précédé d'un accord de méthode qui permette de déterminer les moyens nécessaires à une négociation loyale (temps, réunions, accès à l'information et à l'expertise, communication avec les salariés, etc.). Cette proposition est développée dans le rapport de Jacques Barthélémy et Gilbert Cette cité ci-dessus⁹.

En tout état de cause, il nous paraît que le surcroît de flexibilité accordé aux entreprises, le plus souvent dans un cadre négocié, va dans le sens d'une plus grande efficacité économique et ouvre le chemin en direction d'un droit du travail plus inclusif et moins centré sur les seuls intérêts des « insiders ».

DES LIMITES DE METHODE

L'avant-projet de loi présente d'importantes fragilités. Il a d'abord souffert de limites de méthode. **Il est paradoxal qu'un texte d'inspiration social-démocrate ait été porté de façon aussi peu... sociale-démocrate !** Les partenaires sociaux ont été surpris (en bien pour certains, en mal pour d'autres) d'y découvrir certaines mesures. On s'est, au fond, émancipé de la loi Larcher sur la démocratie sociale, au risque de rompre l'un des fils rouges du quinquennat : la primauté du dialogue social.

Il faut souligner que c'est dans ce courant social-démocrate que François Hollande a voulu inscrire son action dès le début de son mandat, affirmant que le pouvoir politique n'est pas le seul pouvoir légitime et souhaitant promouvoir la démocratie sociale, la négociation collective et la notion de compromis. Dans une tribune publiée dans Le Monde du 14 juin 2011 intitulée « il faut avoir confiance en la Démocratie sociale », il précisait : « Certes, les légitimités sont différentes, les démarches sont distinctes et les aspirations souvent contradictoires, mais j'affirme que démocratie politique et démocratie sociale concourent l'une comme l'autre au service de l'intérêt général. »

Au risque de donner raison au « parti des impatients » qui, comme Nicolas Sarkozy, sont toujours prêts à court-circuiter la médiation des partenaires sociaux, voire à rendre les syndicats responsables de tous les blocages du pays, **la façon dont l'avant-projet de loi El Khomri a été porté est**

⁹ *Op cit.*, page 26.

contraire à l'esprit même qui l'anime. La menace d'utiliser l'article 49-3 de la Constitution, dès le début de la séquence, a même failli clore le débat avant qu'il ait pu s'ouvrir : non seulement on n'avait pas discuté avant, mais on risquait de ne pas débattre après. Une telle démarche ne s'était jamais vue sous cette mandature. Même la « loi Macron » qui a été adoptée grâce au 49-3, avait fait l'objet d'une longue délibération parlementaire, chacun de ses articles ayant été discuté et voté.

Sans doute attisées par le sentiment d'urgence et les contraintes des agendas exécutif et parlementaire, cette précipitation et **ces maladroites ont électrisé des clivages politiques qui n'avaient pas besoin de cela, et ont déclenché un large mouvement d'expression du mal-être au travail dont il devra être tenu le plus grand compte dans les mois et les années qui viennent.**

Il est heureux malgré tout qu'après ces regrettables péripéties, l'exécutif ait décidé de reporter d'une quinzaine de jours la présentation du texte en conseil des ministres de manière à faire droit à la concertation avec les partenaires sociaux.

DES FRAGILITES DE FOND

Le texte souffre en outre à nos yeux de fragilités sur au moins quatre autres sujets : la barémisation des indemnités décidées par les juridictions prud'homales en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, la précision des motifs de licenciement économique, le renforcement du pouvoir unilatéral de l'employeur dans certains domaines et le déséquilibre entre les mesures de flexibilité et les mesures de sécurité.

La barémisation des indemnités prud'homales :

Comparé au dispositif qui avait été adopté dans la « loi Macron » et que le Conseil constitutionnel avait finalement sanctionné en raison des distinctions qu'il faisait entre les différents types d'entreprises, **le texte actuel fixe des plafonds trop bas et, surtout, fait sauter les planchers, créant ainsi une asymétrie en termes de sécurité juridique entre employés et employeurs.** Dans son document « Vrai/Faux », le gouvernement le reconnaît maladroitement : « Les plafonds d'indemnités dans le projet de loi, qui vont de trois mois à quinze mois de salaires selon l'ancienneté du salarié, sont tout à fait en phase avec les moyennes des indemnités actuellement prononcées par le juge. Il n'y a donc aucune régression : les salariés licenciés abusivement ne seront pas indemnisés demain moins qu'aujourd'hui. »¹⁰ Si les plafonds de demain sont alignés sur les moyennes d'aujourd'hui, ce qui est exact, on comprend bien que les moyennes seront très significativement plus basses demain...

La précision des motifs du licenciement économique :

Les rédacteurs du texte ont voulu préciser certaines conditions pouvant constituer des causes réelles et sérieuses de licenciement économique. Il est à noter que la plupart de ces conditions sont déjà soit

¹⁰ « Le Vrai/Faux (ou Incomplet) du Gouvernement sur la #LoiTravail », 20 février 2016
<http://www.gouvernement.fr/le-vraifaux-du-gouvernement-sur-la-loitruavail-3850>

inscrites dans la loi, soit le résultat d'une jurisprudence constante de la chambre sociale de la Cour de cassation. Les intégrer dans la loi revient simplement à augmenter la sécurité juridique associée aux décisions d'employeurs prises sur ces fondements. Toutefois, ce faisant, cette objectivation légale, doublée à une extension des motifs invocables, risque d'accroître à court terme le nombre des décisions de licenciement ainsi justifiés. Dire, par exemple, qu'une entreprise ayant connu six mois consécutifs de pertes d'exploitation serait systématiquement fondée à procéder à des licenciements économiques risque d'entraîner un certain nombre de... licenciements ! Dans une conjoncture économique encore marquée par une faible croissance, une forte incertitude et des soupçons de sureffectifs persistants dans un certain nombre d'entreprises, l'opportunité d'une telle décision ne va pas de soi.

Le renforcement du pouvoir unilatéral de l'employeur :

Dans un certain nombre de situations, le pouvoir unilatéral de l'employeur est renforcé par le texte. C'est le cas avec la possibilité donnée aux directions des très petites entreprises de décider unilatéralement d'une convention individuelle de forfait jour¹¹. **Une telle disposition est d'autant plus surprenante qu'elle va à l'encontre de la philosophie générale de ce texte qui promeut au contraire la négociation collective.** Elle aurait pour effet de renforcer la critique du Comité européen des droits sociaux, exprimée au nom d'une durée raisonnable du travail, elle-même émanant de la Charte sociale européenne de 1961 révisée en 1995.

C'est justement parce que la négociation collective ne trouve pas d'interlocuteurs représentants les salariés dans ces petites structures que la loi Rebsamen (août 2015) a créé des commissions paritaires régionales interprofessionnelles. A ce titre, dix représentants de salariés et dix d'employeurs seront nommés pour quatre ans par les organisations syndicales et patronales, dans chacune des treize futures régions (nombre de sièges en fonction du score obtenu par chaque organisation syndicale ou patronale aux élections professionnelles dans les TPE). Ils auront pour rôle de représenter les 4,6 millions de salariés travaillant dans une entreprise de moins de onze salariés. Ces commissions, qui seront mises en place à partir du 1er juillet 2017, seront surtout des lieux de concertation sur la formation, la gestion prévisionnelle des emplois, les conditions de travail et de santé au travail. Mais elles pourront, à leur demande, conseiller employeurs et salariés des TPE. Nous proposons de donner à ces conseillers régionaux un rôle de négociation à la demande conjointe des salariés et de la direction de la TPE qui souhaiterait engager une négociation.

Par ailleurs, les techniques du mandatement ou des accords d'application directe négociés au niveau de la branche auraient semblé ici appropriés.

Le déséquilibre entre flexibilité et sécurité

¹¹ Depuis 2000 et la loi « Aubry 2 », un système de forfait en jours permettant de décompter la durée du travail en jours et non plus en heures peut être mis en place pour les cadres autonomes dans leur organisation du temps de travail, par accord collectif de branche ou d'entreprise, combiné à une convention individuelle. Depuis la loi du 31 mars 2005, cette possibilité concerne également les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps.

Enfin et surtout, tous ceux qui, comme nous, se reconnaissent dans la recherche d'une flexsécurité à la française, seront certainement déçus de ne trouver, en face des mesures de flexibilité précisées ci-dessus, que de maigres avancées en matière de sécurité. Ainsi, **en dehors du droit à la déconnexion, on ne trouve ici que l'institution d'un Compte personnel d'activité réduit à la portion congrue.**

Ce CPA qui avait été annoncé comme l'une des grandes réformes sociales du quinquennat et dont le rapport de France stratégie avait dressé un portrait très désirable¹² est sorti très affaibli de la négociation entre les partenaires sociaux et se résume à trop peu dans le présent avant-projet de loi. Il prévoit pour l'essentiel de regrouper le compte personnel de formation (CPF) et le compte pénibilité (C3P) et ne concernerait que les salariés du privé (auxquels s'ajouteraient à partir du 1er janvier 2018, les indépendants)¹³. Du côté du CPF, il fixe de nouvelles modalités d'abondement pour financer des formations dont la durée excède le nombre d'heures inscrites dans le compte. Il élargit également la liste des actions éligibles au CPF aux « actions préalables d'évaluation directement afférentes » au socle de connaissances et de compétences professionnelles. Il prévoit en outre un abondement de 400 heures pour les jeunes décrocheurs, pour les aider à acquérir un premier niveau de qualification. Il dispose enfin que le titulaire du CPA aura droit à « un accompagnement global couvrant l'ensemble des problématiques de sécurisation des parcours professionnels ».

A ces avancées s'ajoute le fait que chaque titulaire d'un compte aura connaissance des droits inscrits dessus et pourra les utiliser « en accédant à un service en ligne gratuit qui sera géré par la Caisse des dépôts et consignations ». Chaque titulaire aura également accès à « une offre de service en ligne ayant trait à l'information sur les droits sociaux et à la sécurisation des parcours professionnels ».

Ces dispositions sont d'indéniables progrès en direction de droits sociaux plus directement attachés à la personne, plus portables et plus facilement mobilisables par les intéressés. Nul doute que cette initiative est bienvenue et que le CPA pourrait, dans le futur, être le support sur lequel agréger de nombreux autres droits¹⁴. Mais on est encore très loin des scénarios les plus modestes qui avaient été envisagés lors de la conception du CPA.

D'une manière générale, la qualité d'une telle construction mériterait une étude à caractère doctrinal sur le concept de garantie sociale, identifiée à un « pot commun » sur lequel le travailleur a un « droit de tirage » social. Cette exigence sera accrue du fait que les TIC et le numérique vont favoriser l'expression des libertés individuelles dans la sphère professionnelle, ce qui obligera à mesurer, autrement que par référence au seul contrat de travail, les droits liés à l'ancienneté.

¹² France Stratégie, « Le compte personnel d'activité, de l'utopie au concret », Rapport du 9 octobre 2016, voir : <http://www.strategie.gouv.fr/publications/compte-personnel-dactivite-de-lutopie-concret>

¹³ Pour ce qui concerne les fonctions publiques, des discussions sont en cours entre le ministère de la Fonction publique et les syndicats pour introduire dans l'avant-projet de loi El Khomri un article habilitant l'État à agir par ordonnance pour créer un CPA pour chaque agent public.

¹⁴ Voir l'étude de Terra Nova, "Le bel avenir du Compte personnel d'activité", http://tnova.fr/system/contents/files/000/001/133/original/16022016_-_Le_bel_avenir_du_Compte_personnel_d'activit_.pdf?1455635304

AMENDER LE TEXTE SUR PLUSIEURS POINTS

Si l'on veut sortir par le haut des conflits et polémiques qui accompagnent l'accueil de ce texte, il faut, selon nous, l'amender sur certains points et l'augmenter sur d'autres. Les amendements doivent porter sur les trois facteurs de fragilité que nous venons d'identifier.

La barémisation

Dans son principe, la barémisation a pour vertu de rendre l'issue du contentieux plus prévisible pour les acteurs. Si elle s'installe, elle servira également de toise, en amont de contentieux éventuels, aux négociations de séparation entre employeurs et salariés. **Ces mêmes raisons devraient conduire à mettre en place, non seulement des plafonds, mais aussi un plancher qui assurera un minimum au salarié en cas de licenciement jugé sans cause réelle et sérieuse.**

Par ailleurs, les plafonds actuels mériteraient d'être relevés de manière à dissuader les employeurs de comportements négligents. Certains, et notamment ceux qui sont financièrement les plus à l'aise, pourraient en effet être conduits à ne concevoir un licenciement sans cause réelle et sérieuse que sous sa seule dimension économique, donc à motiver des comportements opportunistes.

A terme, une véritable réforme des juridictions prud'homales serait une voie beaucoup plus efficace pour réduire l'incertitude juridique des procédures contentieuses. Cette réforme pourrait viser à rendre réellement efficace la conciliation, à systématiser l'échevinage et à permettre l'organisation conventionnelle de procédures arbitrales.

Les motifs de licenciement économique

Pour les raisons évoquées plus haut, **il nous semblerait pertinent de reporter l'exécution de cette mesure et/ou de durcir les critères actuellement les plus ouverts** (notamment les six mois de pertes d'exploitation). La conjoncture économique dans laquelle nous nous trouvons la rend en effet inopportune, à nos yeux. **De plus, il nous semble qu'elle devrait s'inscrire dans un débat plus large sur les outils de flexibilité interne et externe mis à la disposition des entreprises.** Il n'est pas évident que des difficultés conjoncturelles (qui peuvent se traduire par six mois de pertes d'exploitation consécutives, par exemple) doivent nécessairement donner lieu à des licenciements. Il serait sans doute plus opportun, dans un certain nombre de cas, de faciliter le chômage partiel, comme l'ont fait les Allemands au plus fort de la crise. Le coût public d'un usage accru du chômage partiel sur ce modèle n'est certes pas neutre. Mais le coût du chômage "tout court" ne l'est pas non plus ! Enfin, ici encore, les partenaires sociaux pourraient se voir ouvrir la possibilité de définir s'ils le souhaitent des critères pertinents au niveau de la branche. Cela va du reste avec la nécessité de maintenir un rôle important à la négociation de branche, ne serait-ce que pour définir « l'ordre public professionnel » auquel l'accord d'entreprise ne saurait déroger.

Pouvoir unilatéral de l'employeur

Pour éviter le pouvoir unilatéral de l'employeur en matière de convention de forfait-jours dans les entreprises de moins de 50 salariés, **il nous semblerait pertinent de passer par les procédures du**

mandatement syndical¹⁵ ou de l'application directe d'accords négociés au niveau de la branche. Ces procédures ont fait leurs preuves lors de la mise en place des 35 heures il y a une quinzaine d'années. Elles pourraient sans doute être améliorées, comme le proposaient Jacques Barthélémy et Gilbert Cette, mais elles permettraient en tout cas de restaurer dans cette matière l'esprit de dialogue social et de négociation collective qui anime par ailleurs l'avant-projet de loi.

Nous proposons également de donner aux conseillers régionaux des toutes nouvelles commissions paritaires régionales interprofessionnelles un rôle de négociateurs à la demande conjointe des salariés et de la direction de la TPE qui souhaiterait engager une négociation.

ETOFFER LE CPA

Par ailleurs, le texte nous semble devoir être augmenté de dispositions visant à améliorer l'équilibre entre flexibilité et sécurité. Pour cela, **il serait utile d'étoffer le Compte personnel d'activité.** Deux directions peuvent être poursuivies en ce sens. La première consisterait à cibler l'effort sur les publics les plus en difficulté sur le marché du travail (chômeurs, jeunes entrants...)16. La seconde consisterait, au contraire, à privilégier des mesures embrassant le public le plus large pour faire connaître le CPA au plus grand nombre et « créer du commun » autour de ce nouvel instrument de protection sociale.

Compte tenu des axes structurants de l'avant-projet de loi, la première direction nous semble s'imposer : **en face des éléments de flexibilité proposés par ce texte, il est utile et cohérent d'augmenter le niveau de sécurisation de ceux qui sont les plus fragiles sur le marché du travail.** C'est d'ailleurs la direction prise par l'actuel avant-projet de loi qui prévoit une dotation de 400 heures de formation pour les « jeunes décrocheurs », afin de leur accorder une deuxième chance. Mais les quelque 120 000 décrocheurs qui sortent chaque année sans qualification du système scolaire ne sont pas les seuls vulnérables. Au-delà, **les peu qualifiés - par exemple les titulaires de qualification de niveau V et V bis (BEP, CAP...) - peuvent également rencontrer des difficultés** et connaître un risque de chômage relativement élevé. Dans le système actuel, ils vont devoir attendre des années avant de capitaliser des droits à formation sur leur CPA leur permettant de rebondir en cas de difficultés. Si nous voulons les mettre en situation d'ajouter un complément à leur qualification initiale, **il serait utile de doter d'emblée leur CPA d'une dotation d'heures de formation (40h ou 50h) « consommables » à tout moment.** Cette dotation donnerait au CPA un caractère non seulement contributif (la personne accumule des droits tout au long de sa carrière), mais aussi un caractère de correction (en l'occurrence, une correction des inégalités de perspectives professionnelles et de sécurisation des parcours, et de l'extrême dualité qu'elles introduisent sur le

¹⁵ Dans les entreprises dépourvues de délégué syndical, une ou plusieurs organisations syndicales peuvent mandater un salarié en vue de la négociation et de la signature d'un accord (portant généralement sur le temps de travail), qui bénéficie d'une protection similaire à celle des délégués syndicaux. Rappelons à nouveau que cette procédure a été créée par l'accord national interprofessionnel du 31 octobre 1995, signé par quatre confédérations syndicales, c'est-à-dire toutes les organisations représentatives au niveau national à l'exception notable de la CGT.

¹⁶ Voir sur ce point « Entrer et rester dans l'emploi : Un levier de compétitivité, un enjeu citoyen », Rapport Terra Nova du groupe de travail "formation professionnelle", présidé par Mathilde Lemoine, 24 juin 2014 <http://www.tnova.fr/note/entrer-et-rester-dans-l-emploi-un-levier-de-comp-titivit-un-enjeu-citoyen>

marché du travail) et un caractère d'investissement (grâce à cet effort, la collectivité investit dans le capital humain de la nation).

Dans la même logique, **il nous semblerait opportun d'abonder d'un contingent d'heures de formation supplémentaires le CPA des jeunes titulaires de contrats de moins de 3 mois lorsque leur contrat se termine et lorsqu'il n'est pas transformé en CDI.**

Il serait par ailleurs cohérent que cette mesure soit financée par une prime prélevée sur les CDD très courts (par exemple, inférieurs à 3 mois) qui sont au cœur de la précarité qu'endurent continuellement les jeunes sur le marché du travail et en particulier les jeunes les moins qualifiés.

Perspectives supplémentaires

A plus long terme, mais dans la logique même de ce projet, il nous semble important d'ouvrir au plus vite la discussion sur les éléments qui permettraient d'assurer une plus grande présence syndicale dans les PME et TPE et d'améliorer ainsi la représentation des salariés. Des pistes existent. Nous avons cité le mandatement syndical. Le rapport Barthélémy-Cette insistait également sur le chèque syndical dont l'expérimentation pourrait être généralisée. Alternativement, on pourrait utiliser le CPA pour permettre aux salariés de recevoir une dotation utilisable pour payer leur adhésion syndicale, acheter des prestations délivrées dans le cadre du syndicalisme de services (par exemple, des consultations juridiques...), accéder à une formation syndicale, etc.

CONCLUSION

Les propositions présentées ici appellent certes des modifications significatives du texte de l'avant-projet de loi porté par la Ministre du Travail. Mais, loin d'hypothéquer les réelles avancées de ce texte, elles en renforceraient au contraire la cohérence, en amélioreraient l'équilibre général et en rendraient sans doute, demain, l'application plus productive. C'est en tout cas dans cet esprit que nous souhaitons les verser à la discussion.